

Considérations sur le prêt commercial et la convention de prêt

Pierre-Paul Côté

Volume 28, numéro 4, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042845ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042845ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Côté, P.-P. (1987). Considérations sur le prêt commercial et la convention de prêt. *Les Cahiers de droit*, 28(4), 861–896. <https://doi.org/10.7202/042845ar>

Résumé de l'article

Commercial credit has been given many different forms over the years and the various financial instruments are being constantly refined. By the same token, loan agreements have become increasingly complex documents. The main thrust of this paper is to examine the legal nature, legality and usefulness of a number of financial instruments and clauses usually found in a typical agreement, in the light of basic civil law rules and principles.

The first part of this paper deals with a number of financial instruments, namely the open credit agreement, the banker's acceptance, the letter of credit and the letter of guaranty. Secondly the author analyses the typical loan agreement focusing on the covenant 'sfundamentals elements and discussing its relationship with the use of sureties. In particular, two civil law mechanisms that are of some interest in connection with the loan agreement namely novation and subrogation are examined. The third and fourth parts of this paper deal with a number of standard clauses in the open credit and loan agreements.

Considérations sur le prêt commercial et la convention de prêt

Pierre-Paul CÔTÉ *

Commercial credit has been given many different forms over the years and the various financial instruments are being constantly refined. By the same token, loan agreements have become increasingly complex documents. The main thrust of this paper is to examine the legal nature, legality and usefulness of a number of financial instruments and clauses usually found in a typical agreement, in the light of basic civil law rules and principles.

The first part of this paper deals with a number of financial instruments, namely the open credit agreement, the banker's acceptance, the letter of credit and the letter of guaranty. Secondly the author analyses the typical loan agreement focusing on the covenant's fundamental elements and discussing its relationship with the use of sureties. In particular, two civil law mechanisms that are of some interest in connection with the loan agreement namely novation and subrogation are examined. The third and fourth parts of this paper deal with a number of standard clauses in the open credit and loan agreements.

	<i>Pages</i>
Introduction	862
1. De certaines techniques de financement liées au prêt commercial	864
1.1 L'ouverture de crédit	864
1.2 L'acceptation de banque	866
1.3 La lettre de crédit	870
1.4 La lettre de garantie	871
2. Le prêt d'argent à intérêt	874
2.1 Définition et caractéristiques	874

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

	<i>Pages</i>
2.2 De la distinction entre le prêt d'argent à intérêt et certains contrats commerciaux	877
2.3 De la remise des fonds afférents à un prêt et la constitution de sûretés	878
2.3.1 Les sûretés sur les stocks	878
2.3.1.1 La cession de biens en stock	878
2.3.1.2 La sûreté de l'article 178 de la <i>Loi sur les banques</i>	878
2.3.2 Les sûretés sur les immobilisations	879
2.3.2.1 Le nantissement commercial	879
2.3.2.2 L'hypothèque	880
2.3.2.3 Les sûretés de la <i>Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations</i>	881
2.4 De certaines opérations juridiques et du prêt	883
2.4.1 La novation	883
2.4.2 La subrogation par le débiteur	886
3. La convention d'ouverture de crédit	888
4. La convention de prêt	890
4.1 La conversion d'un mode de crédit à un autre	891
4.2 La monnaie	891
4.3 Le déboursement de la somme prêtée	893
4.4 La référence à des documents distincts de la convention	895
Conclusion	896

Introduction

Le crédit dans son acception la plus générale est un élément important de notre système juridique. Il est en effet difficile d'imaginer ce que serait notre société si on ne pouvait avoir recours au crédit. Ripert dit que nous vivons maintenant sous « le règne du banquier »¹. Pour les entreprises, le crédit est la technique de financement la plus importante. Une telle utilisation a toutefois pour effet de rendre l'entreprise plus vulnérable ainsi qu'en témoignent les difficultés de celle-ci au début des années 80. Comme le rapport Saucier le souligne :

Malgré la reprise, les taux d'endettement demeurent élevés et ajoutent à la vulnérabilité des entreprises. Il importe dès lors de s'assurer que le niveau d'endettement des entreprises et leur structure financière ne constituent pas un frein à leur croissance et à celle de l'économie québécoise.²

1. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1946, p. 166, note 74.

2. *La capitalisation des entreprises au Québec*, Rapport au ministre de l'Industrie, du Commerce et du Tourisme du Québec, juin 1984, p. 20.

Ce même rapport situait le niveau de l'endettement moyen des entreprises canadiennes à 59 % à la fin 1983³. Le financement par emprunt est donc une réalité importante et il est nécessaire aux juristes d'en connaître les mécanismes sur le plan juridique ainsi que sur le plan financier pour prodiguer les meilleurs conseils. Au surplus, on note une évolution constante des techniques de prêt qui oblige le rédacteur et l'interprète de conventions de prêt à procéder à une mise à jour continuelle de ses connaissances. Dans cet esprit, il nous est apparu opportun de procéder à l'examen d'un certain nombre de questions afférentes au prêt commercial et à la convention de prêt. Ce tour d'horizon est fait à la lumière des éléments juridiques fondamentaux du prêt de façon à mettre en relief les règles de droit qui régissent le prêt commercial et qui doivent, de toute évidence, être respectées dans l'élaboration des conventions de prêt. Nous espérons que cette étude, toute axée sur les concepts de base, puisse servir d'entrée en matière utile à la lecture des autres textes présentés à l'occasion du Colloque sur le prêt commercial et qui portent sur des sujets plus spécifiques.

Avant d'aborder le prêt d'argent comme tel, il nous est apparu nécessaire de faire une brève présentation de certaines techniques de financement qui tout en étant de l'endettement, ne constituent pas du prêt au sens strict. À cette fin, nous ferons des commentaires sur l'ouverture de crédit, l'acceptation de banque, la lettre de crédit et la lettre de garantie dans le but de faire état des caractéristiques qui les distinguent du prêt. Dans une deuxième partie, nous allons traiter du prêt d'argent à intérêt en faisant état de ses caractéristiques et de ses éléments essentiels. Nous ferons également dans cette partie des considérations sur certaines opérations juridiques qui peuvent être fort utiles en matière de prêt commercial soit la novation et la subrogation par le débiteur. Les troisième et quatrième parties de ce texte portent sur la convention d'ouverture de crédit et la convention de prêt. Dans le cas de la convention d'ouverture de crédit, nous nous contentons d'une présentation sommaire de l'entente alors que pour ce qui est de la convention de prêt, nous abordons des éléments particuliers de celle-ci. Les sujets que nous avons retenus pour les fins de ce texte sont liés à l'essence même du prêt d'argent, dans le but, toujours, d'étudier les éléments caractéristiques de cette institution ; ces sujets sont la conversion d'un mode de crédit à un autre, la monnaie, le déboursement de la somme prêtée et finalement la référence à des documents distincts de la convention de prêt.

3. *Supra*, note 2, p. 18.

1. De certaines techniques de financement liées au prêt commercial

On a souvent associé, à tort ou à raison, au prêt, d'autres mécanismes tel l'ouverture de crédit, l'acceptation de banque, la lettre de crédit et enfin la lettre de garantie. Le but de nos propos dans les pages qui suivent est de présenter ces techniques, de les définir et d'examiner brièvement comment on peut les rattacher aux institutions du droit civil. À cette fin, nous aurons fréquemment recours au droit comparé qui offre une littérature abondante sur la question.

1.1 L'ouverture de crédit

L'ouverture de crédit est souvent le premier lien véritable qui s'établit entre l'entreprise et son banquier. La jurisprudence et la doctrine ont éprouvé de la difficulté à qualifier cette convention. Le droit français, on doit l'avouer, a été plus fertile dans la recherche de son caractère juridique. Les tribunaux français ont longtemps prétendu que l'ouverture de crédit était un prêt sous condition suspensive⁴. Une objection fondamentale n'a pas permis à cette hypothèse de résister à l'épreuve du temps. La raison en est fort simple : le contrat de prêt étant un contrat réel où il doit y avoir remise effective des deniers, le prêt sous condition suspensive ne pouvait donc exister avant d'être créé⁵. L'ouverture de crédit a par la suite été assimilée à une promesse de prêt. Cette position est appuyée en doctrine par les auteurs Hamel, Lagarde et Jauffret⁶, E.J. Escarra⁷ et enfin Branger⁸. Cependant comme le souligne Ripert, il ne s'agit pas nécessairement d'une promesse de prêt car le crédit peut être réalisé sous une autre forme que le prêt⁹. L'ouverture de crédit devrait donc être qualifiée selon l'opération juridique qu'elle précède. Comme le soulignent Rodière et Rives-Lange « l'opération de crédit promise, l'ouverture de crédit peut recevoir un nom plus précis : ainsi le crédit d'escompte »¹⁰. On pourrait aussi dire ouverture de crédit de prêt.

4. J. BRANGER, *Traité d'économie bancaire*, tome II, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 342.

5. Voir la critique de H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome II, Paris, Montchrestien, 1985, p. 70.

6. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, tome II, Paris, Librairie Dalloz, 1966, p. 819, n° 1785.

7. *L'ouverture de crédit*, Mémoire de l'Académie internationale de droit comparé, t. II, 2^e partie, 1936, p. 746 s.

8. J. BRANGER, *supra*, note 4, p. 342.

9. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, tome II, 9^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981, p. 344.

10. R. RODIÈRE, J.-L. RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1975, p. 305, note 1.

La position de Ripert n'est pas en contradiction avec la doctrine antérieure mais apporte une précision à la qualification reçue par la doctrine. On doit remarquer que sur le plan pratique et dans la grande majorité des cas, l'ouverture de crédit sera l'étape initiale vers le prêt. C'est pourquoi on a tendance à assimiler l'ouverture de crédit à une promesse de prêt. Le droit québécois opte pour cette solution. Comme le souligne le juge Bernier :

Or une ouverture de crédit et un prêt sont deux contrats distincts et particuliers comme l'enseignent unanimement les auteurs. Le contrat d'ouverture de crédit étant une promesse de prêt tandis que le prêt proprement dit est un contrat réel qui ne se forme qu'au fur et à mesure des retraits.¹¹

La qualification du caractère réel du prêt dans ce jugement, appuyé en cela par l'article 1777 du C.C.B.C. aurait pour conséquence le rejet de la théorie du prêt sous condition suspensive. Les auteurs Roch et Paré confirment également que la convention de prêt, antérieure à la remise de la chose, n'est qu'une promesse de prêt¹².

Nous croyons que sur le plan théorique, le lien entre l'ouverture de crédit et la promesse de prêt est plus ou moins satisfaisant. On confine de ce fait le crédit au prêt. Le concept d'ouverture de crédit réfère toutefois à une réalité plus complexe. À cet égard les auteurs Juglart et Ippolito nous ont heureusement soumis une définition qui décrit fort bien le mécanisme lorsqu'il est utilisé en relation avec un compte courant :

Les ouvertures de crédit, le plus souvent en compte courant sont des conventions par lesquelles les banquiers mettent un certain crédit à la disposition de leurs clients pour un temps donné (sans remise immédiate des fonds). Il ne faut pas confondre l'ouverture de crédit avec les facilités de caisse ou les découverts ; d'autre part ce n'est pas un prêt, ni un prêt conditionnel, ni une promesse de prêt, mais un contrat innomé ayant un objet spécial (le crédit à consentir), consensuel, (purent verbal, mais le plus souvent avec échange de lettre avec le banquier), personnel (consenti en raison de la personne du client) unilatéral (le banquier est tenu de mettre le crédit à la disposition du client, mais ce dernier n'est pas obligé de l'utiliser) et dont la réalisation peut résulter d'avances mais aussi d'acceptation de la part de la banque, de paiement de chèques et de virements.¹³

-
11. *Lévesque c. Caisse Populaire d'Orsainville*, J.E. 83-838 C.S., page 9 ; voir également *Banque Toronto-Dominion c. Continental Insurance Co.*, [1982] C.S. 38. Dans un jugement d'équité spécifique à un contrat d'assurance bancaire, la cour a assimilé la notion de ligne de crédit au concept de prêt.
 12. H. ROCH et R. PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, tome 13, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1952, p. 154. Voir également J. AUGER, « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente, » (1982) *C.P. du N.* 123, p. 167.
 13. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Droit commercial*, Paris, Éditions Montchrestien, 1974, p. 209-210.

Cette définition bien qu'elle ne vise que l'ouverture de crédit afférente à un compte courant renferme plusieurs éléments que nous allons commenter brièvement. Tout d'abord, l'ouverture de crédit est une véritable convention. Elle peut être verbale ou écrite et la preuve pourra en être faite selon les règles du droit commercial. Il s'agira de déterminer si le contrat est commercial ou mixte et ainsi appliquer la loi du défendeur¹⁴. La preuve devra démontrer que le banquier s'est réellement engagé et qu'il ne s'agit pas d'une simple tolérance. La zone grise entre la tolérance et l'ouverture de crédit reste une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. Un passage d'un jugement du Tribunal de commerce de Paris nous aidera à comprendre la démarche d'un magistrat dans la solution d'un tel problème :

en l'absence de convention écrite (...), la banque doit être considérée comme obligée, autant que son client peut l'attendre (...); lorsque la tolérance laisse s'instaurer des soldes débiteurs pour une durée plus ou moins longue, elle rejoint l'ouverture de crédit et lie le banquier à l'égal de celle-ci.¹⁵

La durée ainsi que la répétition du crédit seront à notre avis les éléments importants dans la preuve du contrat d'ouverture de crédit. Une autre caractéristique importante mise en relief par la définition ci-haut mentionnée est le caractère personnel de l'ouverture de crédit. Ce caractère découle de la relation privilégiée qui existe entre le banquier et son client. À défaut de stipulation expresse, le lien contractuel étant *intuitu personae*, la mort d'une partie ou la perte de sa capacité aura pour effet de mettre fin au contrat. En terminant, il y a lieu de mentionner le caractère unilatéral et successif de cette obligation. En effet, seul le banquier s'engage à faire quelque chose, c'est-à-dire rendre le crédit disponible et le bénéficiaire est libre de s'en prévaloir. Cependant si le bénéficiaire paie une commission de base pour ce privilège, le contrat pourrait être considéré comme synallagmatique. La définition ci-haut mentionnée passe sous silence la nature de l'obligation eu égard à son exécution dans le temps. Selon nous, l'exécution de l'ouverture de crédit peut être à la fois unique ou successive, puisque l'emprunteur peut y avoir recours pour le tout ou pour une partie, d'un seul coup ou à plusieurs reprises.

1.2 L'acceptation de banque

Dans la recherche de crédit, l'entreprise peut bénéficier d'autres instruments reliés au marché bancaire. Un de ces instruments est l'acceptation de banque.

14. A. BOHÉMIER et P.P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, tome 1, 3^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1985, p. 68.

15. D. 1978, 575, passage repris par J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 3^e édition, Paris, Librairie Techniques, 1983, p. 198.

Le professeur Escarra souligne que cet instrument a comme origine une pratique bancaire anglaise de la fin du 18^e siècle¹⁶ ; assortie d'une « signature forte » soit celle d'un banquier réputé, l'acceptation de banque avait pour effet de faciliter les échanges internationaux. Le mécanisme a été décrit comme suit :

Le banquier autorise son client à tirer une traite sur lui et l'accepte. Il met ainsi entre les mains de son client un instrument de mobilisation dont l'escompte permettra à ce dernier d'obtenir les fonds dont il a besoin.¹⁸

Deux choix s'offrent au banquier ; soit qu'il laisse à son client l'entière liberté d'escompter la traite ou qu'il s'en charge lui-même. La deuxième solution est généralement celle que retient le banquier. Sur le plan pratique, le mécanisme peut apparaître assez simple mais la réalité est toute autre. L'acceptation de banque peut donner lieu en un versement immédiat d'un crédit de la part de la banque à son propre client ; on le qualifiera dans ce cas de crédit direct. Le crédit peut toutefois être indirect si une nouvelle banque intervient dans le processus. Dans ce cas, il y a une banque d'acceptation et une autre banque, généralement étrangère, qui se voit conférer un crédit. Cette dernière banque peut ainsi faire bénéficier à ses propres clients de ses droits face à la banque d'acceptation. Un tel crédit indirect facilite de toute évidence les échanges internationaux.

Le problème fondamental demeure dans le caractère juridique de l'escompte puisque deux hypothèses de fonctionnement sont possibles. Dans une première situation, si le client n'a reçu qu'une acceptation de sa banque, on peut prétendre que la banque n'est qu'un simple endosseur. Cependant, le client se sera alors versé une quote-part du montant nominal de la traite. Il ne s'agit pas du montant total car le banquier escompteur déduira une commission représentant le loyer du crédit accordé en vertu d'une traite non échue majoré d'un facteur risque. Le facteur risque sera proportionnel à la solvabilité de la banque d'acceptation. Dans un deuxième cas, si le banquier accepteur a avancé les fonds directement à son client pour le couvrir d'un découvert et qu'il réescompte l'effet à un autre banquier, peut-on qualifier l'opération de prêt ? Dans ce cas le banquier pourrait tout aussi bien verser le crédit à son client moins une commission et conserver la traite à titre de gage. Comment peut-on qualifier cette opération ? Plusieurs définitions ont été données de l'escompte. Le professeur Rives-Lange le définit ainsi :

16. J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Paris, Librairie Recueil Sirey, 1952, p. 972.

17. *Id.*, p. 971.

18. J. FERRONNIÈRE et E. DE CHELLAZ, *Les opérations de banque*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1980, p. 360.

(...) l'escompte est la convention par laquelle le banquier escompteur paie par anticipation au porteur le montant d'un effet de commerce, d'un titre négociable ou d'une simple créance, en contrepartie de son transfert en toute propriété, de la garantie de son paiement à l'échéance, et sous déduction d'un intérêt proportionnel au temps restant à courir jusqu'à l'encaissement du titre ou de la créance escomptée.¹⁹

Cette définition a le mérite de décrire le mécanisme mais laisse en suspens son rattachement aux institutions de droit civil. Des auteurs italiens ont qualifié l'escompte de simple endossement²⁰, position qui a été reçue en droit français²¹. Selon cette première théorie, la qualification ne repose que sur le mécanisme de rapport cambiaire. D'autres auteurs y ont vu une obligation de prêt, la remise de titre donnant au banquier escompteur le statut de créancier gagiste²². Cependant, la jurisprudence française a contesté cette prétention du créancier gagiste en énonçant que le banquier acquiert le titre en pleine propriété et qu'il ne peut être assimilé au créancier gagiste²³. Une autre doctrine y voit un prêt complété non d'un gage, mais d'un prêt garanti par un effet en propriété²⁴. Il s'agirait d'un prêt garanti par un droit de propriété opposable aux tiers seulement. Selon le professeur Rives-Lange cette interprétation n'est pas justifiable sur le plan juridique et pratique :

Cette conception de la remise du titre, si habile soit-elle, ne peut, selon nous, être retenue. Plusieurs raisons s'y opposent. Elle ne paraît pas juridiquement valable au regard de la législation française sur les sûretés. Elle repose sur une interprétation inexacte de la volonté des parties et ne peut expliquer le fonctionnement de l'opération d'escompte.²⁵

Cette critique est pleinement justifiée, car on ne peut transférer tacitement la propriété d'un titre en garantie de prêt qui serait simplement opposable aux tiers sans procédure de publicité. Un auteur y voit un prêt puisque le banquier prête à son client le montant de la traite et obtient de celui-ci une délégation de paiement²⁶. Pour faire face à ce problème de transfert de propriété, certains

19. J.-L. RIVES-LANGE, *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, p. 69.

20. J.-L. RIVES-LANGE, *supra*, note 19, p. 23, n° 19.

21. G. RIPERT, *supra*, note 9, p. 351.

22. C.H. LYON-CAËN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, Librairie Cotillon, 1893, p. 480 s.

23. D. 1954, J. 657.

24. C. JOURNEL, *Des effets de la faillite et de la saisie-arrêt sur le compte courant*, thèse, Paris, 1932.

25. J.-L. RIVES-LANGE, *supra*, note 19, p. 36.

26. J. RENAULT, *Traité juridique et pratique de l'escompte*, Paris, 1934, p. 42.

ont suggéré que l'escompte est tout simplement un achat de titre²⁷. Cette théorie comporte plusieurs lacunes, la principale étant que l'on dénature l'escompte comme opération de crédit. La relation entre le banquier escompteur et son client revêt deux éléments : une obligation principale de droit commun et un caractère qualifié de cambiaire pour le titre lui-même. L'escompte est donc une relation qui dépasse la simple vente entre le créancier et son client. Il est en effet difficile de dissocier le rôle du banquier escompteur de celui de simple acheteur de titre dans cette opération. Comme le souligne Cabrillac :

Le banquier ne veut pas réaliser une opération spéculative au sens juridique de ce terme : acheter bon marché pour revendre ou toucher plus cher. Il entend, au contraire, faire un placement à court terme de ses fonds également disponibles à court terme et il ne veut pas leur faire courir les risques d'une véritable opération d'achat.²⁸

La réponse du droit québécois au problème de l'escompte pose également de sérieux problèmes. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Lenny Grenspon*²⁹, la Cour d'appel définit l'escompte dans le contexte d'une poursuite pénale en vertu de la *Loi de la protection du consommateur*. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une opération d'escompte était une opération de prêt et par ce fait soumise aux exigences d'un écrit réglementé par l'article 21 de ladite loi. Le juge Paré, au nom de la majorité, assimile l'opération d'escompte à une vente de créances :

Chez nous, les articles 1570 et 1573 C.c. nous permettent de conclure sans hésitation que l'escompte des lettres de change s'apparente à la vente des créances incorporelles sans être soumis cependant aux règles de publicité qui régissent celle-ci.³⁰

Dans sa dissidence le juge Bélanger souligne que l'escompte n'est pas nécessairement un prêt mais que dans ce cas-ci il s'agissait d'une étape pour donner effet à un prêt³¹. Une telle diversité d'avenues de solutions est l'indice d'une certaine confusion en la matière. Il nous faut possiblement conclure qu'on ne puisse qualifier un instrument de crédit à partir de ses éléments ; comme le soulignent les auteurs Rodière et Rives-Lange :

Il ne faut pas chercher, croyons-nous, à assimiler le contrat d'escompte à un type contractuel déjà connu : son originalité est trop accentuée. Il se situe à mi-chemin du prêt à l'achat et il suffit d'en décrire le contenu.³²

27. J.-L. RIVES-LANGE, *supra*, note 19, p. 49.

28. *Id.*, p. 51.

29. [1980] C.A. 587.

30. *Id.*, p. 592.

31. *Id.*, p. 595.

32. R. RODIÈRE et J.-L. RIVES-LANGE, *supra*, note 10, p. 326.

Certains juristes pourront qualifier cette réponse d'insatisfaisante mais il s'agit selon nous de la plus juste.

1.3 La lettre de crédit

Dans le domaine des échanges internationaux, la lettre de crédit est couramment employée. Dans un premier temps, la lettre de crédit peut servir à l'obtention de crédit dans un pays étranger. Le banquier remet une lettre à son client lui permettant d'obtenir d'un des correspondants étrangers de la banque les deniers dont il a besoin³³. Ceci évite au client les difficultés du transport d'argent et lui facilite l'obtention de crédit dans une place d'affaire étrangère. On utilise une variante de la lettre de crédit en matière d'importation. Ce crédit est appelé crédit documentaire. Il favorise l'expansion des importations et exportations en diminuant les risques financiers inhérents à de telles transactions. Ainsi, un commerçant canadien désire acheter des ordinateurs japonais; il sera peu enclin à envoyer au Japon un montant d'argent représentant le prix de la vente. Le fournisseur japonais manifestera sa crainte d'envoyer ses produits sans avoir l'assurance d'être payé. Ce crédit documentaire sert de compromis entre les deux parties. Voici comment le professeur Stoufflet en explique le mécanisme :

Le crédit documentaire est l'opération par laquelle un banquier, intervenant en vue du règlement financier d'une vente commerciale, le plus souvent internationale, promet de payer le vendeur contre remise de certains documents qui, ordinairement, lui assurent un gage sur la marchandise, objet de la transaction. Tantôt, le banquier souscrit envers le vendeur l'engagement ferme de lui payer la somme promise sous les conditions stipulées dans le crédit : ce dernier est alors appelé crédit irrévocable et le document constatant la promesse bancaire, accreditif ou lettre de crédit irrévocable. Tantôt au contraire, la banque ne contracte pas d'obligation directe envers le vendeur mais seulement envers l'acheteur et l'accréditif qu'elle envoie au vendeur est adressé à titre de simple renseignement. Le crédit est alors qualifié en pratique révocable.³⁴

Cette description nous amène à nous interroger sur le lien juridique entre le donneur d'ordre et son banquier. Pour ce qui est du règlement de la transaction, les fonds sont normalement disponibles au compte du client soit par un prêt ou ouverture de crédit ou par les dépôts de ce même client. Ceci ne règle pas la question de la nature juridique de cet instrument. À cet égard, on peut dire que si le crédit est révocable, le banquier pourrait être assimilé à un simple mandataire de son client³⁵. Si le crédit est irrévocable, un lien de droit

33. J. FERRONNIÈRE et E. DE CHELLAZ, *supra*, note 18, p. 148.

34. JURIS-CLASSEUR-COMMERCE, *Banque et crédit*, tome 2, Paris, Éditions Techniques, fascicule 32, p. 3.

35. J. ESCARRA, *supra*, note 16, p. 993.

particulier s'établit entre le banquier émetteur du crédit et le bénéficiaire de ce même crédit. Nous en verrons plus loin les effets. Un problème demeure : la qualification du lien qui existe entre le banquier émetteur et son client donneur d'ordre. Le professeur Escarra explique bien la complexité de la question :

Il n'a pas été produit moins de sept à huit systèmes pour expliquer l'engagement irrévocable du banquier émetteur et le droit direct du bénéficiaire à obtenir la réalisation du crédit. Rien n'est plus propre à illustrer l'irréductibilité des techniques bancaires modernes aux formules traditionnelles du droit des obligations.

On a fait tour à tour appel aux notions de mandat, de cession de créance, de stipulation pour autrui, de délégation, d'acceptation cambiaire par acte séparé, de cautionnement. Aucune de ces explications n'est satisfaisante.³⁶

Suite à ce tour d'horizon on peut voir dans le crédit documentaire, un contrat *sui generis* qui échappe aux cadres contractuels traditionnels. Cette difficulté de qualifier le crédit documentaire ne l'a pas empêché d'évoluer. Sur le plan historique, l'Angleterre a été le pays d'origine du crédit documentaire ce qui s'explique par la puissance maritime anglaise au 17^e siècle³⁷. Sur le plan juridique, peu de pays ont réglementé le mécanisme du crédit documentaire³⁸. On s'en remet généralement aux usages du commerce et aux Règles et usances de la Chambre de commerce internationale. Ces règles et usances ont été adoptées pour la première fois en 1933 et ont été révisées périodiquement pour s'ajuster aux impératifs du commerce³⁹. Au Canada, tant le common law que le droit civil suivent les règles du droit international et l'on y partage les mêmes difficultés en ce qui a trait à l'analyse juridique de cet instrument de financement⁴⁰. Il n'est pas dans notre propos de reprendre les différentes analyses qui ont été faites en droit canadien et qui, pour ce qui est du droit civil à tout le moins, reprennent sensiblement les mêmes thèses que le droit civil français.

1.4 La lettre de garantie

Dans l'ensemble des instruments disponibles auprès du banquier, il y a également la lettre de garantie. Cet instrument prend une place de plus en plus

36. *Id.*, p. 995.

37. Pour une étude historique plus approfondie, voir MUKOYE-OKITUNUNGU, *Le crédit documentaire*, Oyez, 1976, p. 16 s.

38. JURIS-CLASSEUR-COMMERCIAL, *Banque et crédit*, *supra*, note 34, p. 4.

39. Les révisions les plus récentes sont celles de 1962, 1974 et 1983.

40. D. DESJARDINS, *Le crédit documentaire irrévocable*, thèse de maîtrise, McGill, 1982 ; W.C. GRAHAM, « Letter of Credit Basis Considerations », (1982) *Meredith Lecture*, 104 ; L. SARNA, *Letters of Credit: The Law and Current Practice*, Toronto, Carswell, 1984, 204 p.

grande dans les échanges internes et internationaux. D'une manière générale, on peut définir la lettre de garantie comme un engagement d'une institution financière de payer, au bénéficiaire, un montant déterminé advenant un défaut du débiteur. On appelle souvent la lettre de garantie, un cautionnement bancaire lorsqu'il est consenti par une banque⁴¹. En France, un long débat s'est tenu dans le but de déterminer si ce type de cautionnement était de juridiction des banques ou des compagnies d'assurance. Pour trancher le débat, le ministre des finances de l'époque dû nommer un arbitre qui, dans sa sentence rendue le 6 octobre 1952, attribua cette juridiction aux banques⁴². Cependant des ententes subséquentes ont permis aux compagnies d'assurance de partager certains secteurs de ce commerce avec les banques⁴³. Au Canada, cette compétence de faire du cautionnement est attribuée à la fois aux banques et aux compagnies d'assurance, les premières par la *Loi des banques*⁴⁴ et les secondes par la *Loi sur les compagnies de garantie*⁴⁵. On doit souligner que contrairement à la France, le commerce du cautionnement au Canada est largement effectué par les compagnies d'assurance. Il s'agit d'un instrument fort utilisé par l'État qui le requiert notamment de l'entrepreneur en construction⁴⁶, du courtier en immeuble⁴⁷, de certains employés de municipalité⁴⁸ et qui l'exige à l'occasion de l'exécution de travaux publics⁴⁹. Le secteur privé et particulièrement l'industrie de la construction en fait aussi un important usage^{49a}.

Le débat historique entre les compagnies d'assurance et les banques illustre bien le problème fondamental de qualification de l'engagement de l'institution financière. Est-ce véritablement un cautionnement ou un contrat d'assurance ? Au Québec, en France et en Angleterre, certains auteurs ont qualifié l'engagement d'une compagnie de garantie comme étant de l'assurance⁵⁰. Une certaine jurisprudence emploie dans le même jugement le mot

41. L. POUDRIER-LEBEL, « Les engagements abstraits pris par le banquier », (1985) 19 *R.J.T.* 53, p. 63.

42. J.P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, Juris-Classeur commercial, fascicule 34, p. 4-5.

43. L. POUDRIER-LEBEL, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 5.

44. *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81, c. 40, a. 173(1)g).

45. L.R.Q., 1977, c. C-43, a. 1.

46. *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, L.R.Q., c. Q-1, a. 34, 34.1.

47. *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73, a. 6(1), 20 1).

48. *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1, a. 185 à 198, *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, a. 76.

49. *Loi sur les travaux publics*, L.R.Q., c. T-15, a. 9 et 43.

49a. Sur l'utilisation des cautionnements dans les secteurs public et privé voir l'étude fouillée du professeur L. POUDRIER-LEBEL, *supra*, note 43, p. 28 s.

50. *Id.*, p. 140.

cautionnement et assurance⁵¹ alors que la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Citadel Insurance c. Johns-Manville*⁵² a analysé l'engagement d'une société de garantie pour le paiement des matériaux et de la main-d'œuvre comme étant un cautionnement. Il est intéressant de noter que le juge McIntyre souligne qu'une société de garantie œuvre fréquemment dans le commerce de l'assurance⁵³. Ce rapprochement explique peut-être l'attitude plus ouverte des tribunaux face au bénéficiaire. Ainsi que le signale le professeur Poudrier-Lebel :

il convient d'éclairer la raison d'être des ressemblances entre l'engagement par compagnie de garantie et l'assurance. Les ressemblances ne découlent pas de l'attribution de la nature de l'assurance à l'engagement par compagnie de garantie mais de l'application des règles générales à la théorie des obligations — spécialement l'interprétation *contra proferentem* et l'accord sur les conditions du recours — règles qui sont écartées ou inexistantes dans le cautionnement traditionnel. Le régime juridique de l'obligation de la compagnie de garantie est donc celui du cautionnement avec quelques réserves à cause de la rédaction de l'engagement par la compagnie de garantie elle-même.⁵⁴

Il s'agit donc bel et bien d'un cautionnement non seulement pour la compagnie de garantie mais également pour la banque. Pour ce qui est de cette dernière, cette position est fidèle au droit français qui assimile lettre de garantie et cautionnement bancaire⁵⁵. On aurait pu penser que le débat était clos ; il a par ailleurs été relancé en droit commercial international où on a considéré que la garantie bancaire internationale ne peut être assimilée au cautionnement.

Les récents développements dans le domaine des règles et usages ainsi que le perfectionnement des mécanismes rendent encore plus difficile la tâche de qualifier cet instrument. La Chambre de commerce internationale a adopté en 1978, après plus de 10 ans de préparation⁵⁶, plusieurs règles uniformes qui touchent aux garanties contractuelles⁵⁷. On retrouve dans ces règles à l'article 2, la garantie de soumission, la garantie de bonne exécution et la garantie de remboursement d'acompte. On peut être tenté de faire le rapprochement entre la garantie contractuelle internationale et la caution. Cependant le mécanisme propre au droit international rend le contrat de

51. (1939) 67 B.R. 51, p. 54 et 58.

52. [1983] 1 R.C.S. 515.

53. *Infra*, note 61, p. 521-522.

54. L. POUDRIER-LEBEL, *supra*, note 50, p. 305.

55. R. RODIÈRE et J.-L. RIVES-LANGE, *supra*, note 10, p. 377 s.

56. *Current Problems of International Trade Financing*, Éditions par P.J. Chenkin Davidson et W.J.M. Recquier, Singapore, Butterworths, 1983, p. 271.

57. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*, Paris, Publication 325, 1978.

garantie autonome du contrat principal. Le contrat de garantie ne serait pas un accessoire comme l'est le cautionnement et ce tel que le décide l'article 1932 du C.C.B.C.

Il serait présomptueux de notre part de vouloir dans le cadre de cet exposé résoudre l'ensemble du problème. En effet, l'interprétation du caractère juridique de l'engagement est intimement liée aux types de garanties ainsi qu'à la volonté réelle des parties. À titre de réflexion sur la question, nous reproduisons un passage du texte du professeur Velu sur le sujet :

L'analyse du rapport juridique existant entre le donneur d'ordre et le garant est — il convient de le relever — délicate.

L'engagement du garant consiste en effet en une prestation juridique et est assumé à titre personnel par le garant à l'égard du bénéficiaire.

Cette double caractéristique conduit à exclure, à tout le moins en droit belge, le recours tant au louage d'ouvrage (caractérisé par l'exécution d'une prestation matérielle) qu'au mandat (dans lequel le mandataire s'engage au nom et pour compte du mandant) pour qualifier la relation du garant avec le donneur d'ordre, de la même façon que ces qualifications ont pu être écartées — mais la question n'est pas à l'abri de toute controverse — en ce qui concerne les rapports avec le débiteur principal de la caution, du banquier dispensateur d'un crédit documentaire irrévocable, et du tiers bailleur de gage.

On se trouve ainsi en présence d'une nouvelle forme de ces contrats qu'il est difficile de ranger parmi les contrats nommés et qui ont essentiellement pour objet la « dation de crédit », « de solvabilité. »⁵⁸

2. Le prêt d'argent à intérêt

2.1 Définition et caractéristiques

Le prêt d'argent à intérêt est un prêt de consommation portant sur une somme d'argent, à charge pour l'emprunteur de verser un intérêt, au prêteur et de restituer l'objet du prêt à la fin de la durée de ce dernier⁵⁹. Ce prêt peut être caractérisé de nombreuses façons ainsi que nous le verrons ci-après. Par ailleurs, le caractère le plus spécifique du prêt d'argent est sans doute qu'il constitue un contrat réel en ce qu'il naît par la remise de chose prêtée⁶⁰. Cette

58. S. VELU, « Les garanties de première demande en droit belge », dans *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Paris, Éditions du moniteur, 1980, p. 236-237.

59. A. 1777 à 1785 C.C.B.C. ; P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 106 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 5^e éd., t. III, Paris, Montchrétien, 1977, p. 888.

60. A. 1777 ; P.B. MIGNAULT, *supra*, note 59, p. 106 ; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983, p. 50 ; il s'agirait en fait d'un contrat formaliste qui n'est rendu parfait que par la remise de la chose : M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, 1984, p. 30. Le contrat de prêt,

considération est tout à fait banale mais elle est néanmoins fondamentale ainsi qu'en témoignent les faits dans l'affaire *Assurance-vie Desjardins c. Lescadres*⁶¹. En l'espèce, un assureur qui avait consenti une assurance hypothécaire, refusait d'honorer son contrat en alléguant que l'emprunteur n'avait pris possession des fonds qu'au moment où il était devenu malade et non assurable. La Cour d'appel a reconnu les droits de l'emprunteur puisque le prêt avait été consenti et enregistré alors que l'emprunteur était assurable et que la somme empruntée était détenue par le créancier hypothécaire à titre de dépositaire ; la nécessité de la remise des fonds a donc été reconnue par le biais du dépôt de la somme prêtée. À cet égard, il faut citer un passage de la décision dans l'affaire *In re Thomassin*, où le Tribunal s'exprime ainsi : « Dans tout prêt, il est nécessaire que soit livré l'objet du prêt, mais il n'est cependant pas nécessaire que la livraison se fasse en même temps que l'acte qui constate l'intention des parties »⁶². Ce passage a créé une certaine confusion quant à sa portée ; on l'a étendu aux avances faites dans le cadre d'une ouverture de crédit alors qu'il se limitait à un prêt dont le versement des argents était différé dans le temps⁶³. Cet élément physique de la remise joue un rôle de toute première importance lorsqu'il s'agit de distinguer le prêt de l'ouverture de crédit autrement appelée promesse de prêt d'argent⁶⁴.

malgré son caractère de contrat réel ne confère que des droits personnels aux parties. Des raisons historiques peuvent être invoquées au soutien de ce caractère réel ; par ailleurs l'argument de bon sens peut aussi être retenu : l'emprunteur ne peut être forcé de restituer ce qu'il n'a jamais reçu. Cet élément se trouve consacré dans les textes notamment à l'article 1777 du C.C.B.C. Il est question du « contrat par lequel le prêteur livre à l'emprunteur ». Voir à cet effet *Dauphin c. Bertin*, [1972] C.S. 532 où l'on réfère explicitement au prêt à la consommation.

61. J.E. 85-860 (C.A.).

62. J.E. 81-143 (C.S.).

63. Voir à cet effet J. AUGER, « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente », (1982) *R.D.U.S.* 139. L'auteur y explique que l'on s'est mépris en pensant que cet arrêt permettait l'utilisation du nantissement commercial en rapport avec une ouverture de crédit, ce qui n'a été autorisé par le législateur qu'en 1982.

64. Voir les considérations sur l'ouverture de crédit. Voir également sur le sujet J. AUGER, *supra*, note 63, p. 167 où il cite L., H. et J. MAZEAUD, *supra*, note 59, p. 253 : « L'ouverture de crédit s'analyse en une promesse de vente ; dans cet avant-contrat le banquier est débiteur (il s'engage à prêter), le client est créancier (il peut exiger un prêt). Dans le contrat de prêt, c'est au contraire le banquier qui est créancier du remboursement, le client étant débiteur, et c'est cette créance qui est garantie par hypothèque ». Voir également R. DEMERS, *Le financement de l'entreprise, aspects juridiques*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1985, p. 87. Pour un point de vue différent voir *Banque Toronto-Dominion c. Continental Insurance Co.*, [1982] C.S. 38, où il est écrit « Une ligne de crédit (*a revolving line of credit*) ou des avances doivent être considérées comme un prêt "flottant" dont l'étendue se mesure par l'utilisation du crédit à l'intérieur de la limite fixée, à une période donnée, que ce soit pour (...) fins de calcul des intérêts ». Comme le souligne

À cet égard, il faut noter que les appellations « crédit rotatif » et « marge de crédit » réfèrent à une technique de prêt et ne sont pas des termes juridiques au sens strict. Il s'agit de termes qui réfèrent à une réalité commerciale et pour décrire cette réalité en termes juridiques, il faudrait référer à l'ouverture de crédit dans la mesure où les fonds n'ont pas été versés au client et au prêt à demande lorsqu'ils l'ont été. C'est d'ailleurs le point de vue qu'adoptait le professeur Auger pour établir que des avances faites dans le cadre d'une ouverture de crédit constituaient un prêt au sens des dispositions de l'article 1979e C.C.B.C. avant qu'il ne soit modifié en 1982⁶⁵. Toutefois, même si on peut prétendre que les avances sont devenues un prêt, il reste qu'elles ont été faites dans le cadre d'une ouverture de crédit et que cela peut soulever des difficultés liées aux sûretés qui vont les garantir⁶⁶. Par ailleurs, tant que les fonds n'ont pas été avancés dans le cadre de l'ouverture de crédit, les sûretés par l'emprunteur ne servent à rien puisqu'il n'y a rien à garantir pour le prêteur. Dans un tel cas, seule la banque a une obligation, soit celle d'avancer les fonds⁶⁷.

Cet aspect physique du contrat de prêt permet de déterminer le moment exact où est intervenu un prêt, et ce, afin de savoir si les parties ont respecté les dispositions législatives portant sur la création de sûretés afférentes à des prêts. À l'occasion, le législateur requiert que le prêt et la sûreté prennent naissance simultanément pour que celle-ci soit valablement constituée⁶⁸. Cette remise de fonds est par ailleurs le seul élément de formalisme que l'on reconnaît au contrat de prêt; la convention ne sera soumise à d'autres formalités que dans la mesure où celles-ci sont requises par les dispositions législatives portant sur les sûretés.

Le caractère onéreux du prêt d'argent à intérêt est également une caractéristique importante de ce contrat. L'intérêt payable par l'emprunteur a été qualifié de profit⁶⁹, de rémunération⁷⁰, d'indemnité ou encore de gain⁷¹ et à défaut de stipulation dans la convention, le débiteur devra payer l'intérêt

J. Auger, la portée de cet arrêt doit être atténuée en ce que les avances avaient déjà été faites. Dans l'arrêt *Société d'Hypothèques Kinross c. Vignola*, J.E. 82-668 C.S., il a été décidé que le promettant-prêteur pouvait assortir sa promesse de conditions.

65. J. AUGER, *supra*, note 63, p. 168.

66. À titre d'exemple voir R. DEMERS, *supra*, note 64, p. 89.

67. Voir *supra* les considérations sur l'ouverture de crédit.

68. Voir ci-après partie 2.3.

69. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 59, p. 130.

70. H., L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 59, p. 907.

71. H. ROCH et R. PARÉ, *supra*, note 12, p. 215.

légal⁷². Il ne faut pas oublier cependant, que la liberté des parties en cette matière est limitée par un certain nombre de dispositions législatives⁷³.

La question s'est posée de savoir si le prêt d'argent à intérêt était un contrat unilatéral ou un contrat synallagmatique imparfait ; cette distinction a une certaine importance dans le droit classique des contrats pour ce qui est des effets de ceux-ci⁷⁴. En réponse à la question, un certain consensus s'est fait autour du caractère unilatéral de ce contrat, bien que l'on note que le prêteur doit laisser l'emprunteur jouir de la somme prêtée jusqu'à l'échéance⁷⁵. D'autre part, il faut constater que la classification n'a pas beaucoup d'intérêt compte tenu de la pratique en matière de rédaction de prêt qui consiste à prévoir dans le moindre détail les effets du prêt commercial. Le contrat de prêt peut être qualifié de civil ou de commercial, étant entendu que la qualification de contrat commercial le soumet alors aux dispositions du C.C.B.C. sur la transaction commerciale⁷⁶.

2.2 De la distinction entre le prêt d'argent à intérêt et certains contrats commerciaux

À la différence du prêt de consommation, le prêt d'argent à intérêt n'a jamais soulevé beaucoup de difficultés quant à sa nature et ce par rapport à d'autres conventions en usage dans le commerce. Ainsi, le fait d'établir le montant de l'intérêt payable par rapport au niveau de profits d'une entreprise ou au volume d'affaires d'un commerce n'a pas pour effet de modifier la nature de la convention de prêt pour en faire un contrat de société⁷⁷. On ne rencontre pas non plus de difficultés réelles lorsque, dans le cadre de montages commerciaux complexes, se trouve une avance de fonds accessoire à une opération commerciale principale comme la concession commerciale ou le franchisage⁷⁸.

72. A. 1785 C.C.B.C.

73. Voir la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, C. I-18. Voir également les articles 1040c, 1078 et 1785 C.C.B.C.

74. Retenons l'exception d'inexécution et la résolution judiciaire qui interviennent en matière de contrat synallagmatique ; voir à ce sujet J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 48.

75. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 47 ; H., L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 59, p. 907.

76. Voir à cet effet A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *supra*, note 14, p. 60. La convention de prêt est alors qualifiée d'accessoire et si elle l'est par rapport à un contrat principal qui est commercial, on la qualifie alors de transaction commerciale ; *Smith c. La Cie de Bœuf de l'Ouest Hochelaga*, [1982] C.A. 208.

77. *Id.*

78. Sur le sujet voir H., L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 59, p. 899.

2.3 De la remise des fonds afférents à un prêt et la constitution de sûretés

Nous venons de voir que la remise de fonds constitue l'élément essentiel du prêt d'argent à intérêt. Il est donc important de situer cet élément par rapport aux différentes sûretés qui peuvent être consenties par une entreprise commerciale. Nous allons examiner cette question de la concomitance de la remise de fonds et de la constitution de la façon suivante : doit-il y avoir simultanéité entre le déboursé du prêt et la constitution du prêt ? Dans la négative, il faudra voir si le déboursé peut précéder ou suivre la constitution de la sûreté. Des commentaires distincts seront faits en ce qui a trait aux avances faites dans le cadre d'une ouverture de crédit étant donné qu'elle jouit d'une nature juridique distincte de celle du prêt⁷⁹.

2.3.1 Les sûretés sur les stocks

2.3.1.1 La cession de biens en stock

La *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock* permet d'utiliser la cession de biens en stocks eu égard à l'ouverture de crédit⁸⁰. Par ailleurs, lorsqu'il est question strictement de prêt, il semble que le prêt et la sûreté doivent être concomitants, compte tenu des dispositions de l'article 11 de la loi⁸¹.

2.3.1.2 La sûreté de l'article 178 de la *Loi sur les banques*

La *Loi sur les banques*, prévoit deux façons de constituer la garantie de l'article 178 eu égard au déboursé des fonds⁸². D'une part on peut procéder par un prêt auquel cas l'article 180(1)(a) de la loi requiert concomitance. Par ailleurs, on peut aussi procéder en utilisant la technique de l'engagement écrit de l'article 180(1)(b) de la loi auquel cas la banque peut procéder au déboursé des fonds à compter de la date de l'engagement écrit sans égard à la date de la garantie elle-même. Comme dans la pratique la garantie de l'article 178 est utilisée en rapport avec l'ouverture de crédit dans le cadre du crédit rotatif, il suffit à l'institution bancaire de joindre sur un même document la demande

79. Et ce même s'il est clair qu'il y a prêt une fois l'avance faite.

80. *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q., c. C-53, art. 11.

81. Voir à cet effet, Y. RENAUD, *La cession de biens en stocks*, Montréal, Judico, 1984, p. 35.

82. *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, c. B-1 ; *Loi remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81-82, c. 40.

de crédit et la promesse de fournir les garanties pour régler la question de la concomitance du prêt et de la constitution de la sûreté⁸³. La banque est ainsi protégée dans l'hypothèse d'une ouverture de crédit, c'est-à-dire de la promesse de prêt sans qu'il y ait eu déboursé et elle est également protégée et ce, aux termes même de l'article 180(1)(h), que le déboursé précède ou suive la constitution de la sûreté. Ce qui s'est par ailleurs posé eu égard à la garantie de l'article 178, c'est bien sûr le problème de l'utilisation du produit de prêt et plus particulièrement la question de savoir si le produit du prêt garanti par la sûreté de l'article 178 peut être utilisé pour rembourser une dette antérieure⁸⁴.

Compte tenu de ce que la garantie de l'article 178 de la *Loi sur les banques* emporte les droits sur les créances découlant de la vente des stocks soumis à la garantie et puisque la technique de la cession de créances ne réfère pas à des difficultés liées au déboursé des fonds qu'elle protège, nous allons passer à l'examen des sûretés pouvant être constituée par l'entreprise sur ses immobilisations.

2.3.2 Les sûretés sur les immobilisations

2.3.2.1 Le nantissement commercial

Le nantissement commercial comme tout nantissement est essentiellement une garantie accessoire qui est liée à un prêt, et depuis 1982, à une ouverture de crédit⁸⁵. Compte tenu de cette caractéristique, il ne fait aucun doute que le nantissement commercial peut servir à garantir un prêt antérieur à la constitution de la sûreté⁸⁶. Ainsi dans une affaire portant sur le nantissement agricole, on reconnaît comme valide le nantissement portant sur le prêt antérieur à la

83. À titre d'exemple, la Banque Nationale intitule ce document «Demande de crédit et promesse de donner des garanties aux termes de l'article 178 et/ou sur récépissés d'entrepôt et connaissements». Le document contient la phrase suivante : «Le soussigné s'engage et promet de fournir à la banque des garanties...» Voir à cet effet S. BINETTE, «La réalisation des garanties», [1983] *C.P. du N.* 135, p. 175.

84. Sur l'effet de la garantie de l'article 178 voir M. DESCHAMPS, «Un prêt garanti peut-il servir à rembourser des avances antérieures à la garantie», (1985) 19 *R.J.T.* 87.

85. Sur le caractère accessoire du nantissement voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 58 et 190 ; aussi Y. DESJARDINS, «Du nantissement commercial à l'hypothèque mobilière», (1968-69) 71 *R. du N.* 87.

86. A. 1979 C.C.B.C. Voir à ce sujet R. COMTOIS, «Une nouvelle législation : le nantissement commercial», (1963-64) 66 *R. du N.* 159 ; J. AUGER, *supra*, note 63, p. 165 ; *Simoneau c. Roy*, [1965] R.L. 193 ; *In re Bertrand : Trans-Canada Credit Corporation Ltd. c. Savage*, [1961] C.S. 596 ; *In re 600 Belvedere Inc. : Couillard c. Gingras*, [1975] C.A. 730 ; *Les Pétroles Irving Inc. c. Machinerie B.D.M. Inc.*, [1984] C.S. 511 ; *Béton Québec Inc. c. Thorne Riddel Inc.*, C.A., J.E. 86-560.

constitution de la sûreté, à l'occasion duquel prêt le versement des fonds avait précédé la rencontre des volontés⁸⁷. Dans cette hypothèse, l'élément fondamental du prêt qu'est la remise des fonds est présent au moment de la constitution de la sûreté et c'est dans cette perspective que doit être compris l'extrait ci-après de la décision :

Dans ce prêt, comme dans n'importe quel autre, il est toujours nécessaire que soit livré l'objet du prêt. Cependant, cette livraison doit-elle être manuelle et faite en même temps que l'acte qui constate l'intention des parties ? La réponse à cette question est évidemment négative. La livraison de ce qui fait l'objet du prêt peut avoir été faite antérieurement. Elle peut exister sous diverses formes. Tout ce qui compte c'est qu'elle soit effective.⁸⁸

Il apparaît donc hasardeux de se servir de ce raisonnement qui s'inscrit dans un contexte bien particulier pour conclure, comme on l'a fait dans l'arrêt *In re Thomassin : Gauthier c. Thomassin*⁸⁹, que la remise des fonds peut être effectuée après qu'il y ait eu accord des volontés et ce dans le but de valider le nantissement relatif à un prêt dont les versements sont différés dans le temps. Compte tenu de ces incertitudes, le législateur a amendé l'article 1979e) en 1982 pour permettre d'avoir recours au nantissement commercial en rapport avec l'ouverture de crédit⁹⁰. Toutefois cet amendement ne s'applique pas aux prêts à versements différés, vu la distinction qu'il faut faire entre le prêt et l'ouverture de crédit. Et si l'on revient au caractère accessoire du nantissement, l'utilisation de ce dernier pour un prêt à versements différés dans le temps reste problématique.

2.3.2.2 L'hypothèque

Tout comme le nantissement, l'hypothèque est essentiellement une garantie accessoire et dans ce sens on pourrait rencontrer des difficultés sérieuses non pas eu égard aux prêts antérieurs à la sûreté⁹¹, mais lorsque cette sûreté est utilisée pour l'ouverture de crédit et pour les prêts dont la remise de fonds se fait postérieurement à la rencontre des volontés⁹². Ce qui donne beaucoup de souplesse à l'hypothèque par rapport au nantissement

87. *Simoneau c. Roy*, [1965] R.L. 193.

88. *Id.*, p. 199.

89. *Supra*, note 62.

90. Voir à cet effet, J. AUGER, *supra*, note 63, p. 166.

91. Tout comme dans le cas du nantissement commercial, l'obligation principale existe. On pourra alors avoir recours à la garantie hypothécaire. Pour ce qui est d'une dette antérieure, voir *Béton Québec Inc. c. Thorne Riddel Inc.*, *supra*, note 86.

92. Sur le caractère accessoire de l'hypothèque voir P. CIOTOLA, *supra*, note 85, p. 191 et p. 206.

commercial pour lequel, rappelons-le, on a été obligé de légiférer pour l'étendre à l'ouverture de crédit, c'est le fait que l'article 2046 du C.C.B.C. permette d'utiliser l'hypothèque conventionnelle pour quelque obligation que ce soit. Ainsi, on peut donc consentir une hypothèque en rapport avec une obligation « conditionnelle, éventuelle ou à terme » et partant avec l'ouverture de crédit⁹³, auquel cas on parlera d'une garantie hypothécaire rotative. Au surplus, la seule exigence du C.C.B.C. en cette matière porte sur le montant de l'hypothèque qui doit être indiqué formellement et non sur le montant de la créance⁹⁴. C'est l'argument retenu par le tribunal dans l'affaire *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*⁹⁵, dans laquelle on a invoqué qu'une hypothèque ne pouvait garantir une ouverture de crédit puisque la cause de la créance n'est pas suffisamment décrite au sens des articles 2016 et 2017 C.C.B.C. À cela le tribunal répond que d'une part, la créance peut être éventuelle ou imprécise et que deuxièmement, elle est suffisamment décrite dans la mesure où une limite de crédit est fixée et que les créances seront éventuellement identifiées par des billets. Dans ce contexte on peut concevoir que l'hypothèque puisse servir à garantir un prêt dont les versements sont différés par le prêteur⁹⁶.

2.3.2.3 Les sûretés de la Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations⁹⁷

Deux scénarios doivent être envisagés lorsqu'il est question de l'émission d'une obligation dans le cadre de la L.P.S.C. Le premier est celui où l'acte de fiducie est utilisé par les compagnies publiques dans le cadre d'un appel public à l'épargne auquel cas on peut penser qu'il y a simultanéité entre la constitution des sûretés prévues à l'acte et le déboursé du courtier à l'occasion de la souscription par ce dernier des titres de créance. Les titres sont alors destinés à être vendus dans un processus dont toutes les étapes sont connues. Dans le deuxième scénario, celui des financements privés, il est usuel de voir que la compagnie emprunteuse crée les sûretés de la L.P.S.C. sur ses biens, procède à l'émission des titres de créance pour ensuite négocier un emprunt à demande dans le cadre d'une ouverture de crédit ou pour obtenir un emprunt à terme ; lorsque les négociations sont fructueuses, l'obligation est alors cédée au créancier par voie de nantissement⁹⁸. Pour les fins des présentes, nous

93. *Id.*

94. A. 2044 C.C.B.C.

95. [1984] C.S. p. 856, p. 862.

96. Dans le cas par exemple de prêts hypothécaires sur des immeubles en construction.

97. L.R.Q., c. P-16.

98. À cet égard, voir la description qui est faite du processus par le juge Bernier dans l'affaire *In re Gérard Nolin Ltée*, [1979], C.A. 168.

limiterons nos considérations au financement privé à terme ou à demande dans le cadre d'une ouverture de crédit.

En vertu de la L.P.S.C., les sûretés dont on peut convenir dans l'acte de fiducie sont le gage sur les biens meubles et l'hypothèque sur les immeubles⁹⁹. Pour ce qui est du gage afférent aux biens meubles, l'article 1974 C.C.B.C. fait état de ce qu'il sert à garantir une dette, ce qui permet de déborder largement le prêt lorsqu'il est question de la nature de l'obligation garantie et de ses modalités¹⁰⁰. Si l'on ajoute à cela le caractère tout à fait accessoire de ce contrat, il est clair que le gage peut servir à garantir toute dette, fût-elle antérieure, à terme ou conditionnelle¹⁰¹. En matière immobilière, nous avons vu que l'hypothèque était caractérisée par la même souplesse¹⁰².

Les considérations que nous venons de faire eu égard aux sûretés contenues dans l'acte de fiducie présentent toutefois un caractère tout à fait artificiel dans le cas où elles sont créées pour garantir une obligation qui elle-même fera l'objet d'un nantissement dans le cadre d'un financement à demande ou à terme¹⁰³. C'est ce financement qui constitue la véritable dette de la compagnie; ne devrait-on pas, dès lors, considérer la question de la remise des fonds non pas eu égard aux sûretés de l'acte de fiducie mais bien plutôt en rapport avec le nantissement du titre de créance¹⁰⁴? Si l'on considère que l'opération principale est le prêt garanti et non le nantissement de l'obligation, il s'agit, pour ce qui est de la sûreté, du gage d'une chose mobilière¹⁰⁵. Or le gage, nous l'avons vu, est un contrat accessoire qui peut servir à garantir tout type d'engagement peu importe la nature de la créance et les modalités de celle-ci¹⁰⁶. Il peut donc être utilisé dans le cas d'une dette antérieure, à terme ou conditionnelle. Dans cette perspective, la technique de la mise en gage d'une obligation offre la même souplesse que l'hypothèque quant à la nature de la créance qui est garantie et quant aux modalités de celle-ci. En conclusion, on peut dire que la L.P.S.C. et la technique du nantissement de l'obligation ne présentent pas, à première vue, de difficultés eu égard à la concomitance du versement des fonds et de la constitution de la sûreté dans le cas d'un prêt.

99. A. 27 et 29 L.P.S.C. On fait aussi mention à cet article de sûretés moins importantes comme l'hypothèque mobilière et le nantissement immobilier.

100. P. CIOTOLA, *supra*, note 85, p. 61.

101. *Id.*, p. 62.

102. Voir article 2046 C.C.B.C.

103. Sur la question voir l'exposé de R. DEMERS, *supra*, note 64, p. 91 s.

104. Curieusement la L.P.S.C. est muette en la matière. Il faut s'en référer aux articles 77(1) de la *Loi des compagnies*, L.R.Q., 1977, c. C-38 et 183(1)b) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33.

105. Voir R. DEMERS, *supra*, note 64, p. 16.

106. Voir *supra*, note 85.

2.4 De certaines opérations juridiques et du prêt

Il peut s'avérer utile en certaines circonstances d'utiliser des opérations juridiques afin de modifier la nature des liens juridiques unissant les parties ou encore de substituer une partie à une autre dans une convention. On aura compris que les opérations en question sont la novation et la subrogation par le débiteur. Nous allons donc les étudier tour à tour en examinant de quelle façon elles sont utilisées en matière de prêt et en s'interrogeant sur leurs effets.

2.4.1 La novation

La novation peut être faite par un changement de créancier, par un changement de débiteur ou par un changement de la dette¹⁰⁷. Des trois possibilités, il est clair que la première présente moins d'intérêt compte tenu des avantages de la cession de créances. En effet, en matière de cession de créances, le consentement du cédé n'est pas nécessaire alors qu'il est obligatoire de l'obtenir dans le cas de la novation puisque l'on constitue une nouvelle dette¹⁰⁸. Au niveau des obligations, le cessionnaire bénéficie du transfert des sûretés¹⁰⁹ alors que le débiteur, lui, peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait faire valoir contre le cédant¹¹⁰; ces mécanismes de transfert ne se retrouvent évidemment pas dans la novation puisque l'ancienne dette est éteinte à tous égards¹¹¹. Le créancier qui veut se défaire de sa créance a donc tout intérêt à procéder par la cession de créances plutôt que par la novation.

Le deuxième type de novation, celui qui se fait par changement de débiteur, se trouve un peu plus utilisé en matières civiles et commerciales puisqu'il n'existe pas dans notre droit de mécanisme permettant la cession de dette et que le créancier reste toujours le maître de l'opération; son consentement demeure en effet essentiel à la substitution de débiteur¹¹². Au surplus, le consentement de l'ancien débiteur n'est pas requis dans le cadre de l'opération¹¹³. Par ailleurs, en matière de financement commercial, il est peu

107. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 476. M. TANCELIN, *supra*, note 60, p. 468.

108. A. 1169(3) et 1570 C.C.B.C.; dans le cas de la cession de créances le consentement du débiteur est remplacé par la signification qui lui est faite.

109. A. 1574 C.C.B.C.

110. À cet égard voir J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 476. Le créancier peut y trouver son compte bien qu'il perde les sûretés jointes à la créance originaire.

111. A. 1176, 1177, 1178 et 1179 C.C.B.C.; pour ce qui est de la cession de créancier voir a. 1574 C.C.B.C.

112. Sur l'utilisation de la substitution de débiteur, voir J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 477.

113. A. 1172 C.C.B.C. Cette novation sans le consentement du débiteur se nomme *expromission* alors que celle qui se fait sans le consentement du créancier se nomme *délégation parfaite*: a. 1173 C.C.B.C.; voir M. TANCELIN, *supra*, note 60, p. 467.

fréquent de rencontrer ce type de novation étant donné que le créancier perd le premier débiteur et les sûretés afférentes à l'ancienne dette. Les seuls cas auxquels on pourrait songer, sont ceux d'une réorganisation juridique d'un groupe d'entreprises ou encore la restructuration financière d'un groupe d'entreprises. Dans les deux hypothèses, le créancier est susceptible de consentir à la substitution de débiteur dans la mesure où il lui est impossible de trouver un débiteur plus solvable ou des sûretés de meilleure qualité.

Ce qui est beaucoup plus fréquent dans notre droit et plus particulièrement en matière d'endettement commercial, c'est la novation qui résulte du changement de la cause ¹¹⁴. Dans ce cas, les parties vont procéder au changement de la nature des obligations qui les lient. En matière commerciale on peut rencontrer une balance de prix de vente transformée en un apport fait à une société ¹¹⁵ ou en une souscription de capital-actions dans une compagnie. De même, des commissions ou du salaire dus à un employé par une société ou une compagnie peuvent être convertis en capital social ou en capital-actions. En matière de financement commercial ce que l'on rencontre le plus souvent c'est la transformation d'une créance exigible en un prêt ¹¹⁶. On y trouve un avantage évident puisque plusieurs sûretés utilisées en matière commerciale ne peuvent servir qu'à garantir un prêt ou une ouverture de crédit : tel est le cas de la cession de biens en stocks ¹¹⁷, de la garantie de l'article 178 de la *Loi des banques* ¹¹⁸ et du nantissement commercial ¹¹⁹. Pour ce qui est de l'hypothèque nous avons vu qu'elle peut servir à garantir toute obligation ¹²⁰. En matière de financement privé garanti par la L.P.S.C., à l'occasion duquel financement une ou des obligations sont données en nantissement à une institution financière, on note la même souplesse que pour ce qui est de l'hypothèque alors qu'au contraire de l'hypothèque, les mécanismes de la L.P.S.C. ne sont utilisés en pratique que par les institutions financières à l'occasion de prêt ou d'ouverture de crédit.

Enfin, il est possible d'opérer novation entre les mêmes parties à la convention sans modifier l'objet ou la cause de l'obligation. Il faut alors que

114. Les parties pourraient aussi modifier l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la nature de la prestation ce qui ne se rencontre pas en matière de financement commercial ou encore modifier les modalités de l'obligation ; à ce sujet voir M. TANCELIN, *supra*, note 60, p. 468.

115. RÉPERTOIRE NOTARIAL, Drt. français, *contrats et obligations*, fasc. 99-100.

116. À cet effet voir *Simoneau c. Roy*, *supra*, note 86 ; *Les Pétroles Irving Inc. c. Machinerie B. D. M. Inc.*, *supra*, note 86 ; *Labelle c. Lacroix*, J.E. 86-534 C.S., inscrit pour appel ; *Béton Québec Inc. c. Thorne Riddell Inc.*, *supra*, note 86 plus particulièrement la décision du juge Tyndale.

117. *Supra*, note 80.

118. *Supra*, note 82.

119. *Supra*, note 85.

120. *Supra*, note 95.

l'intention d'éteindre l'ancienne dette et d'en créer une nouvelle apparaisse très clairement sinon l'ancienne dette continue de subsister. Ainsi, des modifications aux modalités de paiement ou aux sûretés ou encore la remise d'un billet n'entraînent pas novation¹²¹. Ce type de novation peut servir lorsqu'il s'agit de libérer des cautions. De toute manière, la novation la plus utile et la plus fréquemment en usage est celle qui est faite entre les mêmes parties à l'occasion de laquelle novation la cause de l'obligation est modifiée. Et les tribunaux ont validé et donné plein effet à de telles conventions¹²², que ce soit une balance de prix de vente sur un immeuble convertie en prêt sur un deuxième immeuble¹²³ ou encore une dette découlant de l'achat de biens ou services transformée en prêt garanti par nantissement commercial¹²⁴. Le juge Tyndale dans l'affaire *Béton Québec Inc. c. Thorne Riddel Inc.*¹²⁵, statuant sur la conversion d'une dette résultant de la fourniture de biens en un prêt à demande écrit ce qui suit :

It is further my opinion that novation was successfully operated in replacing one debt, the debt for goods sold by another, the loan debt. If it was a manoeuver, it was a clever but legal one.¹²⁶

En l'espèce, le créancier de la dette originale remet un chèque au débiteur pour le plein montant de la dette et un nantissement commercial est consenti sur les biens du débiteur suite à la remise de la somme prêtée. Par la suite, le débiteur endosse le chèque et le remet au créancier qui dans ses livres remplace la créance pour fournitures par le prêt. Dans un deuxième temps, trois jours après la première opération, le débiteur se reconnaît endetté pour le montant de la dette originale et consent une hypothèque sur ses biens. Les juges Montgomery et Vallerand donnent raison au créancier et valident le nantissement commercial et l'hypothèque parce que les deux sûretés peuvent garantir une obligation antérieure. Notons qu'en ce qui a trait au nantissement commercial, l'opinion des deux juges soulève des questions : puisqu'ils ne statuent pas sur la novation ils en réfèrent donc à la dette antérieure qui n'est

121. À cet effet voir J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 428. Voir à cet effet *Rémy et al. c. Gagnon*, [1971] C.A. 554.

122. Voir à cet effet les décisions citées à la note 86.

123. *Labelle c. Lacroix*, *supra*, note 116.

124. *Pétroles Irving Inc. c. Machinerie B. D. M. Inc.*, *supra*, note 86. Dans cette affaire, l'acte de nantissement comprenait une reconnaissance de l'endettement avec mention de sa provenance ainsi que l'établissement des conditions de paiement de ladite somme. Dans la convention, quittance n'est jamais donnée de l'ancienne dette de façon formelle; le juge ajoute : « Il n'était pas nécessaire de donner quittance pour la première dette puisque par l'effet de la novation, cette première dette s'est éteinte, tel que le prévoit le paragraphe 1 de l'article 1169 C.C.B.C. » voir [1984] C.S. 515; ainsi que *Simoneau c. Roy*, *supra*, note 86.

125. *Supra*, note 86.

126. *Béton Québec Inc. c. Thorne Riddel Inc.*, *supra*, note 86, p. 7 du jugement du juge Tyndale.

pas un prêt. Sur le procédé employé par les parties, le juge Vallerand ne se prononce pas et le juge Montgomery exprime des réserves sur la base d'un arrêt portant sur la constitution du gage et les formalités de publicité afférentes que l'on tentait de contourner ¹²⁷. Nous soumettons que cela est différent d'une novation intervenant entre les parties alors que par ailleurs, toutes les formalités de publicité afférentes aux sûretés consenties sont respectées. En terminant sur cette question de la novation, il faut être prudent et ne pas faire de novation lorsqu'on veut, par exemple, ajouter des sûretés en garantie d'une dette sans perdre celles qui existent déjà auquel cas il faudrait prendre bien soin de ne faire qu'une reconnaissance ou une reconduction de la dette originale.

2.4.2 La subrogation par le débiteur

Deux auteurs ont récemment signalé l'intérêt que pourrait avoir la subrogation par le débiteur soit le mécanisme prévu à l'article 1155(2) du C.C.B.C. ¹²⁸. Il s'agit d'une opération juridique qui, dans une certaine mesure, a sombré dans l'oubli ¹²⁹. Toutefois, certaines des caractéristiques et des effets de cette technique devraient faire en sorte qu'elle reste dans la mémoire des rédacteurs de convention de financement parce qu'elle peut à l'occasion être utile. Les formalités de cette subrogation font l'objet de dispositions très explicites dans le C.C.B.C. parmi lesquelles on relève la nécessité d'un nouveau financement qui vient en quelque sorte se substituer au premier et le fait que le consentement du créancier originaire ne soit absolument pas nécessaire ¹³⁰. Un des effets importants de la subrogation est de faire passer la créance originale du premier créancier au nouveau bailleur de fonds ¹³¹. Ceci veut donc dire que le nouveau bailleur de fonds va bénéficier du transfert de la créance originale quant à son montant et quant à sa nature :

Le subrogé recueille les droits du subrogeant dans leur montant, mais aussi dans leur exacte composition : c'est la créance acquittée qui lui est transmise, avec sa nature civile ou commerciale, ses modalités quant aux conditions de paiement, les présomptions. (...) ¹³²

127. *Payenneville c. Prévost*, (1916) B.R. 246 ; voir dans le même sens *Coderre Ltée c. Grégoire*, 41 R.L.n.s. 286.

128. M. POULIN et C. LEBLANC, « La subrogation par le débiteur : une technique de l'ancien droit à la mode d'aujourd'hui », (1982) 85 R. du N. 49.

129. Pour un excellent exposé sur cet état de fait voir M. TANCELIN, *supra*, note 60, p. 432. Par ailleurs en France, la subrogation est fort utilisée notamment en matière de vente à crédit, de vente de fonds de commerce et surtout d'affacturage : J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1979, p. 229.

130. A. 1155(2).

131. À cet égard voir J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 379.

132. J. MESTRE, *supra*, note 129, p. 453.

Ceci veut également dire qu'il y aura transfert des accessoires de la créance :

Le paiement transfère au subrogé la créance du subrogeant mais aussi tous ses accessoires. Lui sont notamment transmis les sûretés, les titres et procédures, et les actions qui appartenaient au subrogeant.¹³³

Au surplus, signalons que le nouveau créancier bénéficiera également du recours que lui confère le prêt qu'il consent au débiteur¹³⁴. Ces éléments font en sorte que la subrogation par le débiteur peut être utile dans un certain nombre de situations. Ainsi on peut en faire usage lorsque les taux d'intérêt sont en baisse ou lorsque l'on veut permettre à un deuxième prêteur de tirer avantage des modalités de la première convention de prêt intervenue entre le débiteur et un premier créancier¹³⁵. On pourra alors tirer profit d'une clause de paiement par anticipation contenue dans la première convention de prêt ou encore obtenir, en matière de financement hypothécaire, les mêmes avantages pour le tiers qui paie la dette du débiteur que si l'on procédait par la subrogation légale de 1156(1) C.C.B.C., et ce, bien que le tiers ne soit pas, au moment de son intervention, créancier du débiteur. Dans un contexte où il a été obligé de transiger rapidement, le débiteur peut souhaiter remplacer le premier financement auquel cas il aura la possibilité de maintenir les sûretés de la créance originaire ou encore d'en consentir de nouvelles au bénéfice du nouveau créancier. À cet égard, le fait que la subrogation permette au nouveau créancier de bénéficier des sûretés de la créance initiale n'est pas sans intérêt dans la mesure où ce nouveau créancier ne pourrait pas, par ailleurs, tirer profit de ces sûretés. Ainsi un prêteur pourrait se voir transférer les droits du vendeur impayé.

D'autre part, deux éléments de la subrogation ont pour effet d'en réduire l'attrait soit premièrement le fait que le débiteur peut opposer au nouveau créancier les moyens de défense qu'il pouvait faire valoir à l'encontre du créancier subrogeant et deuxièmement, la limite qui est fixée quant au montant de la réclamation du subrogé qui doit être l'équivalent de ce qu'il a versé au subrogeant¹³⁶. Pour ce qui est du premier élément négatif, son effet peut être grandement réduit par la convention de prêt intervenant entre le débiteur et le nouveau créancier. D'une part, les représentations et garanties que l'on peut exiger du débiteur vont faire en sorte que le subrogé va être en

133. *Id.*, p. 498. Voir à cet effet le texte suivant : M. DUBÉ, « Aperçu jurisprudentiel de la subrogation en droit québécois : critique et propositions législatives », (1973) 4 *R.D.U.S.* 85.

134. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 60, t. 5, p. 559.

135. Les considérations ci-après sont tirées de M. POULIN et C. LEBLANC, *supra*, note 128, p. 53.

136. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 380.

mesure de connaître exactement la nature de la créance qui lui est transmise et des moyens de défense que l'on peut soulever contre lui. D'autre part, le subrogé aura toujours son droit de recours personnel contre le débiteur en répétition de l'indu¹³⁷ et on pourrait concevoir que la convention de prêt contienne des dispositions qui viennent renforcer la position du subrogé. Rien n'empêche de stipuler des clauses de protection en faveur du bailleur de fonds, en matière de cause de défaut notamment, tout en ajoutant des sûretés supplémentaires à la garantie du prêt consenti, sûretés qui s'ajouteraient à celles transmises par la subrogation.

La limite imposée par l'article 1115(2) C.C.B.C. eu égard au montant de la réclamation du subrogé à l'encontre du débiteur, fait en sorte que la subrogation par le débiteur est moins intéressante que la cession de créance qui elle permet au cessionnaire de réclamer le plein montant de la créance cédée, peu importe la somme qu'il a remise au cédant¹³⁸. À cela on peut répondre que le subrogé est en droit de recevoir ce qu'il a versé au créancier original et qu'il conserve son recours contre le débiteur au cas où le paiement découlant de la subrogation ne correspond pas au montant qu'il a versé au subrogeant. Au surplus, il y a toujours la possibilité de prévoir des pénalités dans la convention de prêt intervenant entre le débiteur et le subrogé qui auraient pour effet de compenser le paiement incomplet de la dette faisant l'objet de la subrogation.

3. La convention d'ouverture de crédit

Compte tenu du fait que l'ouverture de crédit joue un rôle important en matière de financement des entreprises et étant donné qu'elle précède souvent le prêt lui-même, il nous semble pertinent de faire quelques brèves considérations sur les éléments distinctifs de l'ouverture de crédit et d'indiquer dans quelle mesure elle est susceptible de ressembler à la convention de prêt. La convention d'ouverture de crédit ne requiert aucun formalisme sauf si on ajoute des sûretés dont la constitution requiert le respect de certaines formalités. L'essence même de la convention est l'engagement par lequel le créateur, le plus souvent une institution financière, met un crédit à la disposition du crédit. Il est important de prévoir, dans la convention, les modes d'utilisation du crédit : autrement dit, il faut stipuler sur les modalités de financement auxquelles les parties auront recours. On trouvera ci-après deux modèles de rédaction à cet effet :

137. *Id.*, p. 381.

138. *Id.*, p. 370.

1. a) sous réserve des dispositions de la présente convention, la Banque met à la disposition de l'Emprunteur un crédit de ... \$ CAN ou de l'équivalent en dollars US.
- b) Pendant la période rotative, l'Emprunteur peut utiliser le crédit (et le réutiliser, s'il a fait des remboursements), jusqu'à concurrence du montant maximum du crédit, exprimé en dollars CAN, selon l'un ou l'autre des modes suivants :
 - des emprunts en dollars CAN à taux variables ;
 - des acceptations bancaires ;
 - des emprunts en dollars CAN à taux fixe ;
 - des emprunts en dollars US à taux variable ;
 - des emprunts en *LIBOR*.
2. a) Cette ouverture de crédit rotatif sera mise à la disposition du débiteur au moyen d'une ou de plusieurs avances que le débiteur a déjà touchées ou qu'il pourra toucher une première fois et qu'il pourra toucher de nouveau par la suite, en tout ou en partie, avant échéance et après avoir effectué régulièrement les remboursements ci-après mentionnés. Cette ouverture de crédit pourra également résulter de lettres de crédit ou lettres de garantie émises ou à être émises par le créancier pour le compte du débiteur et pourra aussi résulter de tous autres engagements souscrits ou à être souscrits par le créancier pour le compte du débiteur.
- b) Cette ouverture de crédit pourra être représentée par des avances faites au débiteur sur découvert de compte ou elle pourra être constatée par des billets promissaires ou par d'autres formes de reconnaissances de dettes souscrits par le débiteur en faveur du créancier, lesquels billets ou reconnaissances de dettes demeureront constamment sous escompte entre les mains du créancier et pourront être renouvelés ou remplacés par d'autres billets ou reconnaissances de dettes, le tout sans créer aucune novation ni dérogation aux droits du créancier et sans affecter en aucune manière la validité du présent acte.

Une fois établie la finalité de la convention, celle-ci se divise généralement en deux parties soit celle qui porte sur la période avant l'utilisation d'une partie ou de la totalité du crédit et celle qui porte sur la période qui suit l'utilisation d'un tel crédit. La première période fait l'objet des dispositions vraiment typiques de la convention d'ouverture de crédit alors que celles de la deuxième période sont véritablement des dispositions qui tiennent de la convention de prêt classique. L'exposé qui suit se limite bien sûr aux conventions afférentes à la première période étant donné que la convention de prêt fait l'objet de dispositions distinctes.

Les parties devront bien entendu stipuler sur la durée de la mise en disponibilité. Celle-ci pourra être consentie pour un temps limité ou encore pour une période indéterminée auquel cas chacune des parties pourra dénoncer la convention. Des dispositions sur la déchéance du terme doivent être incluses au cas où l'une des parties n'honore pas ses engagements ; il s'agit surtout ici de protéger les droits du créancier qui aurait pu exiger du crédit certaines représentations et garanties tel que nous le verrons ci-après. On

devra également s'entendre de façon très claire sur les avis que devra donner le crédit au créiteur pour les fins de la remise effective des fonds. Il sera alors question des formalités afférentes à l'avis ainsi que du délai dont bénéficie le créiteur pour avancer les fonds. Bien que, la convention d'ouverture de crédit soit *intuitu personae*, et qu'à ce titre, les parties ne puissent céder leurs droits, il est prudent de stipuler dans la convention que les droits et avantages découlant de la convention ne peuvent faire l'objet d'une cession à un tiers. On consacre ainsi le principe voulant que la faculté de demander la remise des fonds est personnelle au crédit. La question s'est posée de savoir si le crédit pourrait bénéficier d'une garantie quelconque consentie par le créiteur à l'effet que ce dernier respecte ses engagements, c'est-à-dire qu'il effectue, tel que convenu, la remise des fonds. Techniquement, il n'y a rien qui l'empêche ; cependant nous ne connaissons pas de situation où cela ait été fait. Par ailleurs, il est fréquent de voir le créiteur exiger que le crédit fasse certaines représentations dans la convention et respecte des conditions stipulées dans celle-ci afin que soit maintenue la disponibilité des fonds¹³⁹. Ces conditions sont généralement semblables à celles que l'on retrouve dans les actes de prêt et portent sur le statut et la situation financière du crédit. Enfin, toujours dans cette période qui précède le versement des fonds, on peut prévoir le versement d'une commission ou d'un honoraire afférent au maintien du crédit. Les autres dispositions de la convention d'ouverture de crédit visent la période qui suit le versement des frais, dispositions qui sont de la nature d'une convention de prêt, ce que nous allons maintenant étudier.

4. La convention de prêt

La convention de prêt est un sujet très vaste¹⁴⁰. Pour les fins de ce texte, nous avons dû faire un choix de sujets et nous nous sommes arrêtés sur des éléments de la convention qui sont, comme nous l'avons indiqué, liés à l'essence même du prêt d'argent. Dans cette perspective, il sera ci-après question de la conversion du mode de crédit, de la monnaie de référence de la

139. Rappelons qu'une fois les fonds versés, les relations entre les parties doivent être comprises comme étant de la nature d'un prêt.

140. Pour des textes traitant de la convention de prêt voir entre autre M. DENNIS, *Loan Agreements: A Quebec Practitioner's View*, [1981] Meredith Memorial Lectures, p. 332; L. LAGASSE, « Les diverses formes de prêt et la rédaction des engagements financiers, [1976] C.P. du N. 117; D.C. ROBERTSON, *La rédaction des engagements financiers*, 1977-78, Cours de la Formation permanente du Barreau du Québec, 145; P. STONE, « Loan Agreements, Points of Legal Interest », (1984) 22 *Alberta Law Review*, 11; S.D. TREMBLAY, *Le financement des corporations commerciales*, 1977-78, Cours de la Formation permanente du Barreau du Québec.

convention, du déboursement de la somme prêtée et enfin des clauses de renvoi à des documents distincts de la convention de prêt.

4.1 La conversion d'un mode de crédit à un autre

Il est possible de prévoir dans la convention de prêt que le montant en principal dû par le débiteur passe d'un mode de crédit à un autre. Comme on réfère ici à la modification du régime juridique afférent à des sommes qui ont déjà été versées, il faudra s'assurer que ce transfert tienne compte des caractéristiques respectives du mode de crédit de départ et d'arrivée. Ainsi, on peut imaginer que l'on puisse transformer un prêt à demande (marge de crédit ou crédit rotatif) en un prêt à terme ou vice-versa. De même, on pourra transformer une acceptation bancaire en un prêt à terme. En plus de se préoccuper de la nature juridique des différents modes de crédit, il faudra vérifier si la conversion tient compte des exigences propres aux différentes sûretés dans la mesure où le crédit est garanti. Au surplus, les modalités de conversion devront être prévues dans le détail : avis au prêteur, délais prévus, taux d'intérêt et modalités de remboursement.

4.2 La monnaie

La question se pose de savoir ce qu'il advient d'une convention de prêt dans laquelle on réfère à une monnaie étrangère ou à une unité de compte définie par rapport aux monnaies de plusieurs pays ¹⁴¹. Une telle référence est tout à fait légale eu égard aux termes des dispositions de l'article 12 de la *Loi sur la monnaie* ¹⁴². Par ailleurs, l'article 11 de la même Loi énonce que :

toute déclaration, quant à une somme d'argent ou une valeur en argent, dans une accusation ou quelque procédure judiciaire, doit être énoncée en monnaie canadienne.

141. On pourrait par exemple convenir d'un emprunt où on réfère à une monnaie étrangère avec un taux d'intérêt qui y est joint. On pourrait trouver les deux définitions ci-après dans une convention de prêt « emprunt en *LIBOR* » signifie un emprunt en dollars US portant intérêt pendant la période de cet emprunt au taux *LIBOR* majoré conformément à la présente convention ; « *LIBOR* » signifie à l'égard de tout emprunt en *LIBOR*, le taux d'intérêt annuel déterminé par la Banque, à ou aux environs de 11 h a.m., heure de Londres, deux jours ouvrables avant le début de la période de cet emprunt, comme étant le taux d'intérêt annuel que la Banque serait disposée à offrir aux banques de premier ordre sur le marché interbancaire de Londres pour des dépôts en dollars US de montants comparables au montant de l'emprunt et pour une période égale à la période de cet emprunt. Pour des commentaires sur la question voir M.J. ROBINSON, *Interest and Default Provisions in Loan Agreements*, Insight Educational Services, 26 mars 1984.

142. *Loi sur la monnaie*, S.R.C. 1970, c. C-39.

Nos tribunaux ont interprété cette disposition comme ne leur permettant pas de prononcer une condamnation en monnaie étrangère¹⁴³. C'est ainsi que dans l'affaire *Stendel c. Edelman*, le tribunal fait l'équivalence en monnaie canadienne, de la somme que le contrat a fixé en monnaie étrangère¹⁴⁴. Pour les fins de la conversion, le tribunal choisit la date du jugement plutôt que la date où la créance est devenue exigible et le juge Dugas s'en explique ainsi :

En prononçant un jugement en monnaie canadienne pour une dette contractée en monnaie étrangère se pose le problème de la date où il faut effectuer la conversion en monnaie canadienne. La Common Law tenait jusqu'à l'arrêt *Meliangos* [*Meliangos S. Geo Frank*, [1976] A.C. 443], que la conversion devait s'effectuer à la date où la créance est devenue exigible : Breach Date Conversion Rule.

Dans une période de stabilité de dévaluation de la monnaie du for, le créancier ne trouvait plus son compte et devait se résigner à recevoir une somme qui ne suffisait pas à lui procurer la somme d'argent qu'il avait prêtée.

L'Angleterre, on l'a vu s'est départie de la « Breach Date Conversion Rule ». Je ne vois pas l'intérêt de maintenir au Canada la règle de Common Law maintenant que les auteurs de cette règle l'ont réprouvée. Un jugement qui fait l'équivalence, à la date du jugement, de la somme que le contrat a fixé en monnaie étrangère me paraît s'imposer.

Cette décision, qui a par ailleurs été portée en appel¹⁴⁵, nous apparaît sur ce point précis fort sage compte tenu de l'instabilité des marchés monétaires. Par ailleurs, on peut se demander si la décision met le créancier à l'abri de tout préjudice découlant de la conversion des devises puisqu'il peut s'écouler un certain délai entre la date du jugement et la date de paiement de celui-ci.

Dans le but de se prémunir contre cette instabilité du marché des devises et contre les flottements possibles des décisions judiciaires en la matière les rédacteurs de contrat de prêt incluent à cet effet des dispositions particulières dans leurs conventions. Ces dispositions visent à faire en sorte que la condamnation obtenue dans une devise autre que celle de la convention de prêt fasse l'objet d'un ajustement entre les parties dans le cas où le tribunal effectue la conversion à la date où la dette est devenue exigible plutôt qu'à la date du jugement et également dans le cas où la date de paiement du jugement serait différente de la date de ce dernier. Tout montant alors dû au créancier devient une cause d'action distincte au sens de la convention. On peut aussi envisager la conversion de la monnaie de référence pendant la durée de la convention auquel cas il faudra prévoir, bien sûr, les modalités de conversion

143. *Baumgartner c. Carsley Silk Co. Ltd.*, (1971) 23 D.L.R. (3d) 255; voir également *Stendel c. Edelman*, J.E. 86-761.

144. *Id.*, 13-14 du jugement.

145. N° 500-09-000901-868.

de façon à conserver l'équilibre des parties. La clause pourrait être rédigée ainsi :

Toute conversion en dollars US (ou en dollars CAN, selon le cas) est pour un montant en dollars US (ou en dollars CAN, selon le cas) égal à l'équivalent en dollars US (ou en dollars CAN, selon le cas) du montant en dollars CAN (ou en dollars US, selon le cas) à convertir, l'équivalence étant calculée à la date de la conversion.

Enfin, toujours en relation avec la monnaie de référence, un auteur soulève la question de savoir si l'hypothèque pourrait être utilisée pour garantir un prêt dans lequel la monnaie de référence est une monnaie étrangère ¹⁴⁶. S'appuyant sur les articles 1779 et 2044 C.C.B.C., il en vient à la conclusion qu'il n'y aurait pas de difficultés à procéder ainsi et à convenir de l'obligation assumée par le débiteur en monnaie étrangère plutôt que dans son équivalent en monnaie canadienne ¹⁴⁷.

4.3 Le déboursement de la somme prêtée

Il est fréquent de voir dans des actes de prêt et plus particulièrement dans des actes de prêts hypothécaires afférents à des immeubles en construction, que le prêteur se réserve une marge de manœuvre eu égard au versement de la somme prêtée au débiteur. Le créancier peut ainsi prévoir effectuer les déboursements à des personnes autres que l'emprunteur mais bien sûr à l'acquit de ce dernier. Une autre clause peut se lire ainsi :

Cette somme sera retenue par le prêteur jusqu'à l'enregistrement des présentes et pourra par après, à la discrétion du prêteur, être versée à l'emprunteur soit au moyen d'avances à lui faites directement, soit au moyen de paiements faits à son acquit ou à son bénéfice.

Le créancier peut également lier le versement de la somme à un certain nombre de conditions comme par exemple :

Si pour des raisons imputables à l'emprunteur, à l'occasion d'un prêt à la construction, le prêt n'était pas entièrement versé en dedans de deux cent dix (210) jours de la date des présentes ou si l'emprunteur se trouvait en défaut avant que le prêt ne soit entièrement versé, le prêteur se trouverait en droit de réduire le prêt au montant des avances déjà faites, sans réduction du chiffre des mensualités et sans modification des autres modalités de paiement et de remboursement.

Le prêteur aurait le même droit si l'emprunteur décédait avant que le prêt ne lui soit entièrement versé.

146. M. DENNIS, *supra*, note 140, p. 339.

147. À cette fin il réfère à l'utilisation que l'on fait dans les deux articles du mot « somme ». M. DENNIS, *supra*, note 140, p. 340.

Si l'emprunteur ne se trouve pas dans les conditions requises pour demander le versement d'une première avance dans un délai maximum de dix (10) jours après l'enregistrement des présentes, le prêteur pourra résoudre le prêt.

ou encore :

Ladite somme capitale servira (dans la mesure où elle suffira à cette fin) à financer le projet et elle sera avancée par le Prêteur à l'Emprunteur ou à son bénéficiaire :

- sujet à telles conditions raisonnables que le Prêteur pourra stipuler afin d'assurer que ladite somme capitale soit dûment utilisée à la fin précitée.
- à condition que l'Emprunteur soumette au Prêteur tous les détails des changements apportés au coût estimatif des dépenses capitales faisant partie du Projet tel que mentionné dans l'Offre d'aide financière, à mesure que ces changements se produisent.
- Si en tout temps après la signature des présentes, le coût estimatif des dépenses capitales incluses dans le Projet dépasse le coût estimatif des dépenses capitales faisant partie du Projet tel que spécifié dans l'Offre d'aide financière, le prêteur ne sera pas tenu d'effectuer aucune avance aux termes des présentes, à moins que l'Emprunteur, après avoir accepté l'Offre d'aide financière, n'ait obtenu par voie de souscriptions à son capital-actions ou sous forme de prêts effectués d'une façon et à des termes et conditions acceptables au Prêteur, des sommes égales à tel excédent. Ces sommes s'ajouteront à toute autre souscription à son capital-actions ou à tous autres prêts, qui, aux termes de toute autre clause du présent contrat (d'une manière expresse ou implicite) doivent être faits ou consentis à l'Emprunteur comme condition préalable à toute avance par le Prêteur aux termes des présentes.

De telles formulations ne créent pas de difficultés sur le plan juridique puisqu'il ne s'agit pas de conditions purement potestatives¹⁴⁸. Toutefois, il est fréquent de lire dans des conventions de prêt une disposition qui établit la discrétion du prêteur pour ce qui est des modalités afférentes aux débours ; cette clause se lit comme suit :

laquelle somme capitale sera déboursée sous forme d'avances à l'emprunteur ou pour son bénéfice, le montant de chaque avance et la date où elle sera faite étant laissés à la discrétion du prêteur.

Cette dernière clause ne remet pas en cause l'obligation pour le prêteur de déboursier la somme prêtée ou encore ne soumet pas l'obligation de procéder aux débours à la discrétion absolue du prêteur ; c'est aussi ce qui lui enlève son caractère potestatif¹⁴⁹. Par ailleurs, il faut comprendre que cette

148. À cet égard voir J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 445 ; M. TANCELIN, *supra*, note 60, p. 165.

149. De même l'ouverture de crédit n'est pas purement potestative puisque le créancier de l'obligation, c'est-à-dire le crédité (l'emprunteur en devenir), est celui qui est le maître du jeu : il peut emprunter s'il le désire alors que le créancier lui, est toujours lié par son engagement de prêter. La qualification de « purement potestative » ne s'applique pas dans ce cas d'autant plus que c'est le créancier qui a discrétion alors que le débiteur est lié : J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 60, p. 446.

clause donne au prêteur le contrôle sur le montant des avances et la date de celles-ci. D'autre part il est parfaitement plausible que le débiteur se protège en obtenant du prêteur des engagements fermes quant aux avances de la somme prêtée.

4.4 La référence à des documents distincts de la convention

Très souvent dans les conventions de prêt, il est fait référence à un document qui est distinct de la convention de prêt elle-même. Ce document peut être une étape préalable menant à la convention de prêt, tel l'offre de financement. Ce document peut aussi avoir des objectifs tout à fait distincts de la convention de prêt. Ainsi un prêteur hypothécaire pourrait souhaiter que l'immeuble soit administré par l'emprunteur selon des critères précis et en convenir dans une convention distincte de la convention de prêt. La référence à l'offre de financement pourrait être faite ainsi :

Les termes et conditions définis dans l'offre de financement ainsi que tout amendement de la présente par acte authentique ou sous seing privé feront partie intégrante du présent contrat comme s'ils étaient ici énoncés au long.

Le renvoi à une convention de gestion se lirait comme suit :

Il est de plus convenu que le contrat d'exploitation signé par les parties le quinzième jour de septembre mil neuf cent quatre-vingt, dont copie est jointe à l'original des présentes, aura la même force et le même effet qu'il aurait eu s'il avait fait partie du présent contrat de prêt d'hypothèque et que tous droits et recours ouverts au créancier hypothécaire aux termes de l'acte de prêt ou aux termes du contrat d'exploitation pourront être exercés par ledit créancier hypothécaire, sur défaut de l'emprunteur de se conformer à l'une quelconque des obligations de l'acte de prêt et d'hypothèque ou du contrat d'exploitation.

La question de l'intégration de l'offre de financement dans la convention principale ne crée pas de difficultés. Cependant le lien entre une convention accessoire et une convention de prêt peut soulever des problèmes. Ainsi dans l'affaire *Société canadienne d'Hypothèques et de logement c. Grand Prix Construction Ltée*¹⁵⁰, il s'agit d'un emprunteur qui a signé une convention de prêt hypothécaire et une convention d'exploitation d'immeuble qui est intégrée à la convention de prêt par la clause ci-dessus énoncée au long. Le prêteur se prévaut de la clause ci-dessus pour faire jouer la clause de dation en paiement contenue dans l'acte d'hypothèque suite au manquement par le débiteur à l'une de ses obligations en vertu de la convention de gestion.

150. [1980] C.A. 549, p. 552 et [1980] C.S. 618, p. 622. La requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été rejetée.

L'emprunteur allègue que cette convention accessoire contient des sanctions qui doivent recevoir application préalablement à l'exercice de tout recours en vertu du contrat hypothécaire. La Cour supérieure donne raison à l'emprunteur en s'exprimant ainsi :

En conséquence et puisque les sanctions de la clause 6 de cette convention [(la convention d'exploitation)] sont spécifiquement inscrites, la Cour est d'opinion que telles sanctions sont autonomes de la convention principale de prêt hypothécaire et doivent s'appliquer préalablement à tout autre recours prévu au contrat de prêt hypothécaire proprement dit.

La Cour d'appel à l'unanimité a renversé ce jugement en invoquant la clause de référence contenue dans l'acte hypothécaire. Il n'est donc pas nécessaire pour le débiteur de passer tout d'abord par l'étape des sanctions de la convention accessoire pour se prévaloir des mécanismes de la convention hypothécaire. Le principe du renvoi a donc été validé et ce, même au niveau de l'application des sûretés de la convention de prêt.

Conclusion

Cette étude des caractéristiques fondamentales du prêt d'argent dans le cadre de l'examen d'un certain nombre de techniques financières ayant des éléments de ressemblance avec le prêt, fait ressortir l'importance des règles du droit civil en matière de financement de l'entreprise par voie d'emprunt. Le recours à ces éléments essentiels permet de qualifier avec justesse certaines techniques de financement qui s'apparentent au capital-emprunt sans en être. De même, la connaissance de ces règles est-elle nécessaire lorsqu'il s'agit de faire le lien entre le prêt et les sûretés afférentes au prêt de même qu'entre le prêt et la novation d'une part et le prêt et la subrogation d'autre part. Par ailleurs, le rédacteur de conventions doit rédiger les clauses spécifiques de ces dernières sans jamais perdre de vue le cadre juridique du prêt d'argent. Ainsi, le fait que ce dernier soit un contrat réel signifie que l'on doit porter une attention particulière au déboursement de la somme prêtée, non seulement pour les fins de la formation du contrat mais aussi lorsqu'il s'agit de constituer des sûretés. Dans le même ordre d'idées, la subrogation et surtout la novation peuvent être utilisées avec intérêt en matière de financement de l'entreprise dans la mesure où on respecte de façon stricte les règles afférentes à ces deux institutions de droit civil et celles du prêt d'argent. L'étude d'un certain nombre de dispositions de la convention d'ouverture de crédit et de la convention de prêt permet de bien faire la distinction entre les deux ententes. Rappelons enfin la complexité particulière des dispositions de la convention de prêt portant sur la monnaie de référence lorsque celle-ci est étrangère et les difficultés que peut causer la clause de renvoi à une convention distincte.